



Roj: **STSJ M 7796/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:7796**

Id Cendoj: **28079340012018100645**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **56/2018**

Nº de Resolución: **607/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID - SECCIÓN Nº 01 DE LO SOCIAL

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2017/0015516

Procedimiento Recurso de Suplicación 56/2018

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid Procedimiento Ordinario 361/2017

Materia : Reclamación de Cantidad

Sentencia número: 607/18

D

Ilmos/as. Sres/as.

D./Dña. JUAN MIGUEL TORRES ANDRES

D./Dña. JAVIER JOSE PARIS MARIN

D./Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

En la Villa de Madrid, a 26 de junio de 2018, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número **56/2018** interpuesto por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en la representación que ostenta, contra la sentencia nº 420/2017 de fecha 9 de octubre de 2.017, dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de MADRID , en sus autos número 361/2017, seguidos a instancia de D^a. Maribel frente a la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, en reclamación de CANTIDAD, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Que la actora D^a Maribel prestó servicios para la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de un contrato de interinidad para cobertura de vacante desde el 17.10.2011, estando adscrita desde esa misma fecha, hasta el 30.09.2016, a la Residencia de Mayores Manoteras con la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería.

Su salario mensual prorrateado de 1.796,64 €.

SEGUNDO.- El objeto de su contrato de interinidad era:

"El trabajador contratado ocupará provisionalmente, de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los arts 13.2 y 3 del Convenio Colectivo, la vacante n^o NUM000 de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería, vinculada a la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2003."

TERCERO.- Que es de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid.

CUARTO.- Que por Orden de 3.04.2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, se convocó el proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral en la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería.

Convocatoria resuelta por Resoluciones de 22, 27, 29.07.2016 de la Dirección General Función Pública por la que se procede a la adjudicación de plazas con carácter laboral correspondientes a las categorías de Diplomado en Enfermería, Auxiliar Hostelería y Auxiliar de Enfermería.

QUINTO.- Como consecuencia de ello, por comunicación de 16.09.2016 y efectos 30.09.2016 se comunica el cese de la actora en su contrato de interinidad.

SEXTO.- La plaza que ocupaba fue asignada a D^a Serafina fruto del citado proceso.

SÉPTIMO.- No consta que la actora fuera adjudicataria de plaza alguna, ni prestación de servicios para la entidad demandada desde 30.09.2016.

OCTAVO.- Que entendiéndose que tras el cese le corresponde una indemnización de 20 días/año, formula reclamación previa y ulterior demanda.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando como estimo en parte la demanda de cantidad formulada por D^a Maribel contra AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, debo condenar y condeno a la demandada al pago a la actora de cinco mil novecientos seis euros con setenta y seis céntimos (5.906,76)".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 16 de enero de 2.018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 6 de junio de 2.018 señalándose el día 20 de junio de 2.018 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: 1.- La demanda rectora de las actuaciones se formula en reclamación del derecho a percibir veinte días de indemnización como consecuencia de la extinción del contrato de interinidad por vacante vigente desde el año 2011, todo ello con sustento en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras, C-596/14 . La sentencia recurrida ha estimado la pretensión tras considerar que la relación laboral por aplicación de lo establecido en el art. 70.1 del EBEP es indefinida no fija, otorgando la indemnización conforme a la jurisprudencia iniciada por la STS de 28 de marzo de 2017 .

2.- Disconforme con el anterior pronunciamiento, recurre la Agencia Madrileña de Atención Social en suplicación en la que no combate el relato de hechos probados, que alcanza así la condición de inalterable por expresamente consentido. Desde esta premisa debemos analizar las infracciones jurídicas denunciadas por la administración demandada que se concretan en las siguientes:

art. 70 EBEP en relación con los arts. 7 y 83 del mismo texto legal y su disposición transitoria 4^a y 11^a del Convenio Colectivo para el personal laboral de la CAM.

art. 70 del EBEP en relación con su disposición final cuarta.

art. 49.1.c) del ET en relación con el 49.1.b) ET y cláusula 4^a Directiva 1999/70/CE .

SEGUNDO: 1.- Esta sección de Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones al resolver recursos como el ahora examinado en los que se han planteado las mismas cuestiones. En ellas hemos venido dando una concreta interpretación del art.70 EBEP haciendo nuestras las consideraciones jurídicas desarrolladas por la sección sexta en su sentencia de 8 de mayo de 2017, rec. 87/17 , devenida firme. En esencial, el argumento para rechazar la aplicación del art. 70 EBEP fue el de mantener que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones Públicas (oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión) dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. La consecuencia derivada era que el marco temporal de tres años para el desarrollo de estos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial como es el de consolidación de empleo utilizado para cubrir vacantes contemplado en la disposición transitoria cuarta que, desarrollado en varias fases, no tiene preestablecida una duración determinada.

2.- El otro argumento utilizado para no aplicar el plazo de tres años establecido en el art. 70 EBEP venía referido a la imposibilidad de retrotraer los efectos de una norma que entró en vigor en mayo de 2007 a contratos suscritos con anterioridad porque en muchos casos supondría establecer una obligación cuando el plazo de su ejecución ya había concluido, rigiéndose el articulado comentado por las disposiciones generales del art. 2.1 CC de tal forma que, afirmábamos, no se puede admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo ni siquiera en grado mínimo.

3.- Con estos argumentos concluíamos que contratos como el de autos (de interinidad por vacante vigente desde noviembre de 2011), aunque originado después de la vigencia del EBEP, no violentaban el art. 70 EBEP . La consecuencia era que no procedía la calificación de indefinido no fijo del contrato que establece y declara la sentencia de instancia y en base a la cual, por aplicación de la doctrina iniciada con la STS 28 marzo de 2017 , otorga la indemnización de veinte días por fin de contrato.

4.- Hemos de indicar, no obstante, que esta sección de Sala pese a no compartir la aplicación del art. 70.1 EBEP a supuestos como el presente, sí aceptaba el reconocimiento de la indemnización citada como consecuencia de la aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14 , De Diego Porras, al llevar a cabo una equiparación entre las causas objetivas haciendo asimilable la actual a las establecidas en el art. 53.1.b) en relación con los apartados c) y e) del art. 52 del ET . Utilizábamos, por tanto, una acepción ampliada del término objetivo similar y en la línea a la utilizada por las SSTS de 28 de marzo y 9 de mayo de 2017 llegando así a la conclusión de que objetivo es todo aquello ajeno a la persona del trabajador, su comportamiento y su voluntad.

TERCERO: 1.- Basado nuestro criterio en la citada STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14 , De Diego Porras, lógicamente el mismo se ha visto afectado por el mantenido en las recientes SSTJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16 , Montero Mateos y C-574/16 , Grupo Norte Facility S.A, que vienen a establecer lo siguiente:

la indemnización por extinción de contrato es una condición de trabajo preservada de cualquier diferencia de trato no justificada entre trabajadores con contrato temporal (duración determinada) y trabajadores con contrato indefinido.

Efectuado el juicio comparativo de igualdad de situaciones (trabajador con contrato de trabajo de duración determinada y trabajador fijo) con resultado positivo (situaciones comparables) es preciso comprobar la concurrencia de una razón objetiva que justifique que la finalización del contrato de interinidad (que es el cuestionado) no de lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal.



Esta razón objetiva existe por cuanto las partes del contrato de duración determinada conocen (prevén) desde el momento de su celebración la inestabilidad, es decir, la fecha o el acontecimiento que determina su término. No hay acontecimiento extintivo imprevisto que indemnizar ni frustración subsiguiente de las legítimas expectativas de estabilidad del trabajador que sí concurren, por el contrario, en el trabajador fijo.

La inestabilidad conocida (previsibilidad de la extinción) frente a la expectativa frustrada de estabilidad (imprevisibilidad de la extinción) constituye de esta forma razón objetiva que justifica la diferencia de trato.

La conclusión: la norma nacional que no otorga indemnización al contrato de interinidad durante el proceso de selección o promoción de la cobertura definitiva del puesto no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

CUARTO: 1.- El fundamento 64 de la STJUE Montero Mateos, no obstante, se encarga de precisar que sus criterios de previsibilidad/imprevisibilidad de la extinción que, a su vez, relaciona con las legítimas expectativas del trabajador y su frustración es cuestión sujeta a las concretas circunstancias del caso y que, por tanto, su examen corresponde al juez nacional quien debe determinar *ad casum* dos conceptos jurídicamente indeterminados: si la *duración inusualmente larga* de un contrato de duración determinada y la *imprevisibilidad de la finalización*, deben dar lugar a recalificarlo como fijo.

2.- La razón de lo anterior es obvia: si la finalización es realmente imprevisible para el trabajador, no hay previsibilidad de extinción y por lo tanto surge una expectativa legítima de estabilidad de la relación. Si a ello se suma una duración inusualmente larga que evidencia una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada obtenemos los dos ingredientes que conforman la relación laboral del trabajador fijo: extinción imprevisible y expectativa de estabilidad laboral. La relación debe ser de esta forma recalificada porque no es de duración determinada sino fija. Y la razón para ello también es obvia: evitar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada lo que nos conduce al contenido de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE

QUINTO: 1.- Nos encontramos, por tanto, ante una nueva tesis jurídica e interpretativa que justifica el cambio de criterio que ahora adoptamos y en la que debemos determinar, en el caso concreto aquí analizado, la aplicación de dos conceptos indeterminados como son: a) la imprevisibilidad de la terminación del contrato; y b) una duración inusualmente larga, todo bajo el prisma preventivo y sancionador de la utilización abusiva de la contratación de duración determinada que consagra la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Y, por supuesto, aceptando como aceptamos que el juicio comparativo de igualdad de situaciones da resultado positivo por cuanto la trabajadora demandante ejercía las mismas funciones de auxiliar de enfermería en una residencia para personas mayores que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso de cobertura de la plaza referido en el hecho probado cuarto de la presente sentencia, destinado a cubrir de modo definitivo el puesto que la actora ha ocupado durante el tiempo en el que ha estado vacante.

2.- En cualquier caso, como luego se verá, consideramos que este juicio comparativo no es necesario ni es la columna vertebral de la resolución porque estimamos que esta no deriva de la aplicación del principio de igualdad (cláusula 4ª del Acuerdo Marco), sino de la prevención del abuso y su sanción cuando se produce, que consagra la cláusula 5ª.

SEXTO: 1.- El requisito de imprevisibilidad ha sido analizado por la STSJ de Castilla y León de 8 de junio de 2018, rec. 833/16, en línea de razonamiento que inicialmente y en alguno de sus extremos compartimos. En efecto, la mera referencia a la vinculación de la plaza a la OPE de 2003 que se hizo en el momento de la contratación es insuficiente para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en la que el contrato llegaría a su fin. Debe advertirse, además, que tal identificación pudo hacerse de alguna forma en el contrato datado el 17 de octubre de 2011 habida cuenta que el proceso extraordinario de consolidación de empleo cuyo resultado es el que, finalmente, es causa de la extinción, se había convocado por Orden de 3 de abril de 2009 y resuelto por Resoluciones de julio de 2016 (hecho probado cuarto). Por consiguiente, y atendiendo a los términos de su contrato, no había manera de conocer con cierta precisión la fecha de cobertura de la plaza y consiguiente extinción del contrato que devino de esta forma en acontecimiento imprevisible aunque eso sí, de constatación objetiva una vez producido, extremo sobre el que no hay contradicción.

SÉPTIMO: 1.- En cuanto a la duración del contrato (2011-2016) la Sala considera que tal duración debe reputarse inusual no tanto por infrecuente (lamentablemente la interinidad de larga duración es la regla de la contratación por parte de las Administraciones Públicas) sino desde el punto de vista del acotamiento temporal al que deben sujetarse los contratos de duración determinada que, obviamente, deben tener una duración máxima total que, conforme a su naturaleza, ha de ser de alguna manera previsible. Los criterios que seguimos para determinar de forma objetiva el concepto indeterminado analizado (duración inusualmente larga) se exponen a continuación.



2.- En primer lugar, los parámetros temporales escogidos por el legislador y que son trasunto de la propia cláusula 5ª. En efecto, así se deduce de lo establecido en ella si bien con referencia a la existencia de sucesivos contratos. Como señala la STSJ Castilla y León de 11 de junio de 2018 antes citada la cláusula 5ª mandata a los Estados para que establezcan medidas destinadas a evitar la utilización abusiva y la fijación de lo que debe considerarse contratos *sucesivos*, mandato cumplido con el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, que estableció en el art. 15 del ET un límite a la temporalidad, cuando existen dos o más contratos temporales del mismo trabajador y para el mismo puesto de trabajo, de veinticuatro meses de duración acumulada en un período de treinta meses consecutivos. Y si bien es cierto que tanto la norma comunitaria como la española hablan de la duración acumulada de dos o más contratos temporales, sirve de pauta de interpretación para llegar a una determinación lo más objetiva posible. Amén de carecer de toda lógica establecer una cadena contractual y, sin embargo, permitir un contrato temporal *sine die* pues tal situación, desde luego, incurriría en un claro fraude (art. 6 CC) porque al amparo del texto de una norma (que exige varios contratos que resultarían así eludidos) se trataría de evitar su aplicación.

3.- Otro referente temporal nos lo ofrecen, como señala la STSJ CyL citada, normas antecedentes y actuales: 1) el Real decreto 1989/1984, que estableció como límite para la contratación temporal no causal el de tres años; 2) este límite se mantiene en el contrato de fomento del empleo de las personas con discapacidad (disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre); 3) tres años es también el límite establecido por el art. 15.1.a) del ET para los contratos por obra o servicio determinado; 4) el art. 70 del EBEP de la misma forma acude al límite de tres años para la ejecución de la OPE lo que conecta este precepto de forma directa con la duración de los contratos de interinidad suscritos para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (arts. 4.1 y 4.2.b del Real Decreto 2720/1998). A la vista de lo anterior, obvio es que el legislador ha considerado, cuando de una Administración Pública se trata, el límite de tres años (e incluso dos en determinadas condiciones) como el legalmente aceptable para determinar la duración máxima de los contratos temporales sin perjuicio de determinadas excepciones (sustitución).

4.- A partir de aquí comenzamos a, respetuosamente, no compartir la línea de razonamiento del TSJ de Castilla y León al estimar que la resolución viene marcada por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada.

OCTAVO: 1.- El tenor de la referida cláusula 5ª es el siguiente:

Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

a) se considerarán "sucesivos";

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

2.- El TJUE se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la contratación temporal de empleados públicos. Al respecto en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-197/2015, C-184/2015 ha reiterado que su objeto es establecer límites a la utilización abusiva de contratos de duración determinada imponiendo a los Estados la obligación de adoptar medidas preventivas sin enunciar sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En cuyo caso, *corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco... De ello se desprende que cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las*



consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva» (véanse las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C 212/04, EU:C:2006:443 , apartado 102; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C 180/04, EU:C:2006:518 , apartado 38, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C 362/13, C 363/13 y C 407/13, EU:C:2014:2044 , apartado 64).

3.- En suma, si se constata un abuso, debe adoptarse una medida proporcionada, efectiva y disuasoria con objeto de sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de Unión. Dicha sanción, ya se anticipa, es la conversión del contrato en indefinido no fijo.

4.- En efecto, como antes hemos visto la Administración ha abusado del contrato de interinidad suscrito por medio de hacer imprevisible una terminación que era fácilmente previsible y al prolongar más allá de lo debido (tres años) la duración del contrato que ha devenido así en inusualmente larga para un contrato de sus características.

5.- A tal efecto no es admisible aceptar que la extensa duración de una gran mayoría de los contratos de interinidad suscritos que llegan al examen de nuestros tribunales (muchos con más de una década) permite seguir minimizando y haciendo razonable y normal una duración de cinco años de un contrato de duración determinada de interinidad por vacante con las circunstancias del aquí examinado que, sin embargo, nunca debió pasar de tres como nuestro propio legislador viene a reconocer. Ni es admisible aceptar que por ser solo un contrato de duración determinada el suscrito, este puede adquirir una duración *sine die* y ser de duración incierta y extinción imprevisible y seguir, no obstante, siendo legítimo. Es aquí, por tanto, donde debemos traer a colación los principios consagrados en los arts. 9.3 y 103 CE y el correlativo del art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , principios entre el que se encuentra el de legalidad cuyo cumplimiento es inexorable y al que se debe la Administración para no quebrar la confianza de la sociedad y, como consecuencia la credibilidad, de que va ajustarse en su actuación y cualquiera que sea su posición de acuerdo con el principio de legalidad y con el más escrupuloso cumplimiento de las normas, en este caso laborales.

6.- Por lo demás, la conversión del contrato en indefinido es la sanción tradicional que nuestro ordenamiento ha establecido cuando se constata el abuso en la contratación temporal, exista uno o sean varios los contratos firmados. En este sentido, y a los presentes efectos, es de recordar la jurisprudencia que con acierto reseña el juez de instancia recogida en la STS de 14 de octubre de 2014, rec. 711/2013 , que con cita de las de 14 y 15 de julio del mismo año (rec. 1847/13 y 1833/13 , llega a la conclusión de que los contratos de interinidad habían durado más de tres años superando así el límite establecido en el art. 70.1 del EBEP , por lo que procedía reconocer a los trabajadores la condición de indefinidos no fijos.

7.- A esta conclusión llegamos ahora por aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y la STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16 , Montero Mateos. Desde esta nueva perspectiva deviene indiferente la fecha de suscripción del contrato (antes o después del EBEP) y el proceso de cobertura (ordinario o extraordinario) seguido para la cobertura de la plaza porque lo relevante, se reitera, es que el legislador de una u otra manera ha venido considerando que, sin perjuicio de determinadas peculiaridades como el supuesto de la interinidad por sustitución, de las cadenas contractuales contempladas en el art. 15.5 ET o de cualesquiera otros casos específicos existentes con límite mayor o menor, tres años es la regla general que opera como límite de la temporalidad a partir del cual se produce el abuso en la contratación temporal. Buena muestra de ello es, como decimos, el contenido del art. 70.1 EBEP .

NOVENO: 1.- Ciertamente, existe jurisprudencia como la recogida en la STS de 19 de julio de 2016, rec. 2258/2014 , que se hace eco de otra más antigua que señalaba que «la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97 -rcud 3660/96 -; y 09/06/97 - rcud 4196/96 -). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05 -; y 29/06/07 -rcud 3444/05 -).»

2.- Precisamente, esto es lo que se hace en el presente supuesto: abordar las irregularidades cometidas en el supuesto analizado sin que estimemos que en el caso la conversión del contrato en indefinido no fijo no resulta conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias. El proceso de selección y su



resultado no se ve afectado por la declaración que se establece por cuanto el contrato ha sido extinguido y la extinción aceptada (e incluso aunque no lo fuera) pero sin que se destruya la evidencia de que ha existido el comportamiento abusivo o fraudulento que es el riesgo que la propia STS de 18 de julio de 2016 advierte y pone de relieve cuando afirma que « la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual». Este abuso o fraude que el propio Tribunal Supremo reconoce, no puede quedar exento de sanción porque así lo impone nuestro propio ordenamiento y el comunitario. La sanción es la conversión del contrato en indefinido no fijo.

DÉCIMO: 1.- Como venimos diciendo, el proceso de selección y su resultado no se ve afectado ni se genera perjuicio alguno a los aspirantes a participar por cuanto partimos de la legalidad del cese operado (o de la posibilidad de abono de indemnización en el caso de existir un despido declarado improcedente). En efecto, la trabajadora no ha cuestionado que el cese se ha producido por una causa legítima (la cobertura reglamentaria de la plaza) pero sostiene, sin embargo, que ostenta el derecho a percibir una indemnización por su cese calculada sobre el parámetro de veinte días.

2.- El Tribunal Supremo ya ha sentado doctrina y establecido los criterios en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público. La primera respuesta: corresponde el abono de la indemnización del art. 49.1.c) ET . Así lo rememora la STS de 28 de marzo de 2017 cuando con cita y reproducción del contenido de la de 22 de julio de 2013 recuerda el criterio de que el cese de los trabajadores indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza de los indefinidos no fijos venía siendo indemnizado conforme al citado precepto estatutario por responder a una medida de sanción del abuso. A continuación la meritada STS de 28 de marzo de 2017 supera esa línea doctrinal para establecer que el indefinido no es plenamente equiparable a un trabajador temporal pues es, ciertamente, indefinido porque su origen se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal llevado a cabo por la Administración Pública, lo que determina que por el sujeto infractor sea no fijo (en el sector privado sería fijo sin más) y ello como consecuencia de que el acceso al empleo público debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público). Es el carácter de indefinido el que, específicamente, lleva al TS en marzo de 2017 a elevar la indemnización a veinte días cuando la misma se otorga por la extinción con causa en la cobertura reglamentaria de la plaza.

3.- En efecto, y en línea con lo que ha establecido nuestro Tribunal Supremo, esta sección debe recordar que la figura del denominado indefinido no fijo es consecuencia de una previa anomalía contraria a derecho desde la perspectiva de su temporalidad que determina su conversión en indefinido (SSTS 20 enero 1998, rec. 1112/07 y 27 marzo 1998, rec. 295/1997 : *e l carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término*). La condición de no fijo, por su parte, deriva de la necesidad de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para acceder a un empleo fijo en el sector público. La condición de fijeza solo se puede atribuir mediante una provisión regular del puesto que, producida, determina que exista una causa lícita para extinguir el vínculo indefinido que atendía el puesto en cuestión. Por consiguiente, partimos de que el contrato del indefinido no fijo lo es por sanción a una anomalía. De esta forma, es indefinido pero sujeto a una posible causa de extinción objetiva no prevista para los fijos, que es la cobertura reglamentaria de la plaza que producida, abre la vía a la manifestación de una condición de trabajo prevista para el momento de la extinción: el abono de una indemnización de veinte días.

4.- Por consiguiente, y a modo de resumen, la sanción por abuso en la contratación temporal no es propiamente la indemnización, sino la tradicional conversión del contrato en indefinido (fijo en el sector privado y no fijo en el sector público); la indemnización por extinción del contrato es una condición de trabajo que tiene un carácter compensatorio de la pérdida del empleo y en cierta (pero mucha menor) medida, sancionador del abuso. Como tal condición de trabajo está preservada de toda diferencia de trato no justificada entre situaciones comparables. De ahí que la cobertura reglamentaria de la plaza, causa lícita y objetiva de extinción, genere el derecho a la indemnización de veinte días, que es el importe para las extinciones contractuales objetivas y supuesto comparable, como señala la STS 28 marzo de 2017 y posteriores (9 y 12 de mayo y 19 de julio de 2017).

DECIMOPRIMERO: 1.- De cuanto hasta aquí hemos expuesto se colige que la sentencia de instancia debe ser confirmada pues, en efecto, la trabajadora es indefinida no fija y ha sido cesada por una causa lícita objetiva (la cobertura reglamentaria de la plaza) que conlleva el abono de la indemnización de veinte días reconocida en la instancia. Con los razonamientos que preceden que abundan y amplían lo establecido por el juzgador de instancia, rectificamos nuestros anteriores pronunciamientos no tanto en cuanto a la interpretación del art. 70.1 del EBEP sino en cuanto a la perspectiva o prisma utilizado para la observación y análisis de la relación



laboral de duración determinada traída a nuestra consideración. Este prisma es el del abuso. Con él llegamos a la misma conclusión indemnizatoria.

2.- No obstante, antes de confirmar la sentencia, consideramos conveniente efectuar dos precisiones. La primera, que no hay debate sobre la adecuación del procedimiento ordinario para reclamar el monto indemnizatorio cuestión que, por lo demás, se ajusta a lo establecido en la STS de 26 de abril de 2016 y su origen la STS 22 de enero de 2007 y posterior de 4 de mayo de 2012: si el trabajador acepta la corrección y plenitud de la extinción no hay conflicto sobre esta ni, por tanto, por no entablar la acción de despido puede perder la indemnización establecida para un cese lícito que puede reclamarse por el procedimiento ordinario.

3.- La segunda, que la demanda origen de las actuaciones solicita la indemnización de veinte días sobre la base de la aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, De Diego Porras, y no sobre la aplicación del art. 70.1 del EBEP y STS 28 de marzo de 2017 que lleva a cabo la sentencia de instancia ni, desde luego, sobre la base de las recientes SSTJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, Montero Mateos y C-574/16, Grupo Norte Facility S.A. La respuesta no la consideramos incongruente.

4.- En primer lugar porque ni el juzgado ni esta Sala han modificado los hechos en la demanda porque para adoptar la decisión se ha partido de su narración fáctica. La afirmación que hace la demanda de que al caso es aplicable una determinada sentencia no es un hecho, sino una cuestión jurídica. En segundo lugar, el cambio del punto de vista jurídico ha sido aceptado por la demandada quien no ha denunciado vicio de incongruencia lesivo del art. 218.1 LEC con anclaje en el art. 24 CE en cuanto que la incongruencia puede suponer una vulneración del derecho de defensa. La ausencia de denuncia implica la ausencia de indefensión real. En tercer lugar, la estimación de la pretensión de demanda ha respetado y respeta los hechos y el contenido material de la pretensión pues lo que se modifica es su fundamentación jurídica en el sentido de que en vez de aplicarse una sentencia, se aplica otra o diferentes normas, o diferente criterio que se justifica debidamente y que sustentan la acción de reclamación de la indemnización.

5.- Como señala la STS (civil) 361/2012, de 18 de junio, sobre el cambio de punto de vista jurídico y las exigencias del principio de congruencia *« la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio iura novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01, RC. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda (SSTS 23-12-04, RC. 3393/98, y 5-3-07, RC. 1412/00)»*.

6.- Más recientemente, la STS (civil) 654/2015, de 19 de noviembre ha declarado al respecto que *« lo determinante no es la correcta identificación nominal de la acción, puesto que conforme al artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo relevante son los hechos alegados por la parte demandante y que, conocidos por la parte demandada, pueden ser objeto de su defensa. Además, el segundo párrafo del mismo precepto establece que "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes" »*.

7.- Para concluir, la Sala considera que no se ha producido una alteración de los términos del debate cuando, ni siquiera, la parte potencialmente afectada ha alegado en momento alguno indefensión. Lo acaecido es, simplemente, que en la demanda no se ha acertado en la invocación de los preceptos legales y jurisprudencia que fundamentaban su pretensión. Error de técnica jurídica producido en una materia ciertamente compleja en la que la regulación legal y la respuesta judicial no prevé una solución específica y clara. No se ha desdibujado la pretensión ejercitada ni la cuestión que se está debatiendo y tampoco se ha privado al demandado de la posibilidad de defenderse al permanecer inalterados los hechos y la pretensión y no acudir, desde luego, a una fundamentación ni sorpresiva ni extravagante en relación con las inicialmente planteadas en demanda, fundamentación la utilizada que en cualquier caso se enmarca dentro de los remedios tradicionales que el ordenamiento jurídico prevé para los supuestos de abuso en la contratación temporal y el reconocimiento de una indemnización para los indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza.

DECIMOSEGUNDO: Cuantas razones anteceden determinan la desestimación del recurso formulado y la confirmación de la sentencia que otorga la indemnización de 20 días por año de servicio a la extinción del contrato de interinidad por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza hasta ese momento ocupada por un trabajador indefinido no fijo.



FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado contra la sentencia de instancia que se confirma en su integridad. Se condena en costas a la recurrente fijándose en 400 euros el importe de los honorarios del letrado de la parte contraria interviniente en el recurso.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00-005618 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826- 0000-00-005618.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el ,por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.